

契約法と配分的正義

——クロンマンとコリンズの所説を中心に——

山 田 八 千 子

目 次

- I はじめに
- II クロンマンの配分的正義論
 - II—1 随意的交換とアドバンテージの活用
 - II—2 配分的正義の実現とパレート主義
 - II—3 クロンマンの主張の意義
- III コリンズの配分的正義論
 - III—1 契約法における配分的正義
 - III—2 コリンズの主張の意義
- IV おわりに

I はじめに

契約法の領域において、配分的正義の原理は、何らかの意味を有するのであろうか。

本稿で扱うテーマは、契約法と配分的正義の関係である。もう少し具体的にいうと、契約に対する一定の規制の可否が問題となる場合に、そうした裁判、立法による規制の正当化根拠として、配分的正義の原理を考慮するという主張がどういう意味を持ちうるのかについて、検討していきたい。

当事者間で締結された契約がすべて、その内容どおりに効力を有するものではないのは、当然である。例えば、強迫による契約、詐欺による契約、あるいは誤った情報をもとに締結された契約については、その効力は完全なものではないとされている。では、こうした契約に対する様々な種類の規制の根拠をどこに求めるかという点になると、いわゆる一般的な見解では、配分的正義との関連でこうした契約に対する規制を説明することはいらないといえるであろう。すなわち、当事者間において個別に配分的な正義を達成することを、契約法の目的として考慮はしない。よって、社会の構成員の間の不平等な状態を是正するために、富の再分配することは、契約法の目的ではないと考えるのである。⁽¹⁾このような考え方は、契約法が富の再分配に関して中立的な立場に立つべきであるとし、そうした立場においては、契約を強制すべきか否かの重要な基準は、例えば、当事者たちの随意的な合意(voluntary agreements)が公正な手続き(fair procedures)によって成立に至ったかに求められるべきだとされる。⁽²⁾しかし、契約法が富の配分とは無関係であるという意味でのこうした中立性を主張すること、あるいは実質的な公正さと切り離して手続き的な公正さを検討していくことは、果たして可能なものであろうか。

アメリカのA・クロンマン(Kronman)教授は、一九八〇年に、「契約法と配分的正義」という論文を発表し、契約法の中立性に対して疑問を提示し、配分的正義の観点から契約法の規制を論ずるべきだと主張した。⁽³⁾このクロンマンの注目を浴びた興味深い論文は、日本でも取り上げられ検討されているが、その最終的な評価は、総じて否定的なものである。⁽⁴⁾本稿では、契約法と配分的正義の関係について、まず、このクロンマンの論文の意義および問題点の双方を再検討し、次に、クロンマンと異なる立場から契約法と配分的正義の関係を認めるイギリスのH・コリ

ンズ教授の立場を検討する。こうした作業により、契約法において配分的正義を考慮するという主張がどのような意味を持ち得るのかについて検討する。そして、結論的には、①この両者の主張のすべてを受け入れることはできないが、配分的正義は契約法の目的の一つとする主張は認められるべきであること、ならびに②これらの論文は、配分的正義とは無関係に公正な手続きへの考慮により契約の規制を説明しようとする考え方の持つ曖昧さを浮き彫りにするという意義を有していることを述べていきたいと考える。

なお、本稿は、契約法の領域での以上のような問題の検討を行なうわけだが、その際、さらに幾つかの点で検討に限定を加える。近時、契約法においては、例えば、関係的契約理論の出現で代表されるように、当事者の合意によって契約が成立するといういわゆる意思主義を基礎とした契約法のモデルそのものについての再検討が、行なわれている⁽⁵⁾。第一に、本稿での検討は、こうした新しい契約モデルをとった場合にも、基本的に有用なものと考えているが、直接的にはそうした新しい契約モデルの用いての検討は行なわない。第二に、本稿で念頭に置かれる契約は、交換(exchange)、つまり契約の一方当事者の給付に対して相手方による反対給付がなされる形態に限り、贈与等の反対給付を要しない無償契約については扱わない。

Ⅱ クロンマンの配分的正義論の特質

ヘクロンマンとリバタリアニズム・リベラリズム

クロンマンは、「契約法と配分的正義」の論文において、リバタリアニズム(libertarian theory)の立場に立って、リベラリズム(liberal theory)の立場に立っても、契約法が配分的正義の原理を前提としていることを認めるを得ないのだ、という論証を行なっている。この論文は二部構成になっており、第一部はリバタリアニズムへの論証が、第二部はリベラリズムへの論証がなされている。

リベタリアニズムは、富の再配分については市場に委ねられるのであって、交換を規制するルールの内容をめぐって配分的正義に考慮することはない。そもそも、彼らの見解は、税制度を含めてすべての国家による再分配の方法は、国家が富を強制的に移転させることであって、不正な移転であり「泥棒」と同一視できると考えている。このことから、契約法を配分的正義実現のためのメカニズムとして考えること自体が否定されることになる。他方、リベラリズムは、再配分の手段としての税制度は認めるものの、契約法との関連で配分的正義の実現を語ることはない。その理由は、個別な取引に対する規制と比較して、租税の徴収および助成制度によって配分的正義の実現がより図られると、リベラリズムたちは考えていることによる。

こうした主張に対して、第一にクロンマンは、随意的交換の詳細な検討を行なうことにより、契約法が最低限の道徳的許容性を有するためには、リベタリアニズムの立場でも配分的正義の概念を考慮せざるをえないという（第一部）。第二に、租税の徴収・助成制度が契約法による規制より常に望ましいとするリベラリズムの主張に対して、挑戦を行なう。すなわち、税制度が優越的である根拠は、契約に対する規制と比較して、税制度がより中立的であり、個人の自由の範囲も広いということ、ならびに効率性や行政のコスト点でもより優れていることにある。しかしながら、これらの点が当てはまる場面も相当あるものの、個別的な事例を考えると必ずしも当てはまらない場合もあり、両者の優劣は、まさに個々の類型に実証的研究によるのである（第二部）。

本稿における検討は、第一部のリベタリアニズムに対する論証に焦点をあてる。第一部は、内容的に分けられる二つの主張で構成されている。前半は、随意的交換という基準に代ってアドバンテージの活用 (advantage taking) という基準を提言し、配分的正義の観点の導入の必要性を主張している。後半は、こうした必要性をふまえて、配分的正義を実現しうる複数の基準のうちで、クロンマン流のパレート主義 (paretianism) が妥当であるとの主張である。順次、これらのクロンマンの主張がどのようなものか見てみよう。

II-1 随意的交換とアドバンテージの活用

〈随意的な交換からアドバンテージの活用へ〉

伝統的には、リバタリアニズムは、契約における随意性を検討することにより、契約の強制可能性を論じてきた。しかしながら、クロンマンは、契約において当事者にアドバンテージの活用が許されるかという基準で、契約の強制可能性を論じるべきであるとするとする。

クロンマンによれば、アドバンテージとは、契約に際して用いられる当事者の有利な立場すべて（地位、状況、才能等）を指す。例えば、BがAを脅かすことによって契約が締結された場合には、Aはこの契約に拘束されるべきではない。その理由は、優れた肉体的力という、Aに比べるとより有利な地位、つまりアドバンテージを有しているBは、そのアドバンテージを活用して契約を結んだわけであるが、こうしたアドバンテージの活用は認めることができないというのである。また、詐欺の場合には、欺罔者の有するアドバンテージは、人を欺く技術や情報ということになる。

このように随意的交換に代ってアドバンテージの活用という基準を持ち出す理由を、クロンマンは次のように説明する。

リバタリアニズムにとって、財産交換の合意の強制可能性が認められないのは、第三者の権利を侵害する場合、ならびに合意した当事者の一方が合意する際に強要され（was coerced）、その結果その合意が随意的でなくなった場合のいずれかである。後者の契約当事者の随意性について、リバタリアニズムは契約が形成される過程を問題するのであって、契約から生じたの結果は問題にしないとされる。すなわち、リバタリアニズムが着目するのは、契約当事者の合意がどのようにして成り立ってきたかといういわば歴史的な過程である。決してそうした合意から生

じる配分的な結果には着目するわけではないと説明されるのである。

しかし、こうしたリバタリアニズムのやり方は、実はきわめて曖昧なものである。そもそも、手続きということに着目しているというが、これは、純粹な手続き主義とは異なっているもので、混同されてはならない。⁽⁶⁾ たしかに、純粹な手続き主義者もリバタリアニズムも、契約による配分的結果の達成については無関心の姿勢をとる点では共通している。しかし、純粹な手続き主義者は、合意自体の随意性に対しても無関心なのである。他方、リバタリアニズムは、契約が所定の手続きに適っていたとしても、それだけでは不十分である。例えば、銃を突き付けられて契約を締結したとすれば、たとえこの契約が手続きに従っていたとしても、リバタリアニズムの立場からはこの契約は強制されるべきではないということになる。そこで、随意性の線引が問題となるわけである。もし思案した上での (deliberately) 契約には随意性があると考えるならば、非常に範囲の広い概念であるにしろ、少なくともある程度の明確性は持つことができる。しかしながら、多くのリバタリアニズムの論者はこうした線引に賛成はしないであろう。随意的でない合意がなされる状況としては、本人の能力が欠如しているような場合 (未成年、能力の欠缺等)、相手方の誘因による場合 (詐欺、強迫、不実表示等)、あるいは相手方が希少資源を独占している場合など、様々な場合が考えられるのである。これらの場合に、当事者の合意は思案の上でなされたとはいえず、その選択はいわば名目のみの自由という状況下でなされたものであるために、随意性に欠けると当事者は主張するのである。

したがって、契約における随意性の問題は、「交換関係における様々なアドバンテージの活用のうちどの形態が、個人の自由というリバタリアニズムの概念と一致するかという問題に置き換えられるのである。」⁽⁷⁾ すなわち、契約の当事者が他人の犠牲の下に自分の有利な地位を利用することが許されるかどうかであり、リバタリアニズムの立場からすれば、当事者の随意性のために必要な自由が他方の当事者のアドバンテージの活用によって奪われている

かどうかが問題となるのである。

このようにアドバンテージの活用を捉えることにより、なぜ契約において不法に利益を獲得する方法が認められないのかについて、鮮明な形で焦点をあてることができるのだというのである。そして、リベタリアニズムは、他人の権利を侵害しないかぎりアドバンテージの活用は許されると述べるであろうが、この基準はどういう権利を当事者が有しているのかについて曖昧である。どの範囲でアドバンテージの活用が許容されるかについて、リベタリアニズムが有益な基準を出し得ない以上、別の立場からこの基準を引き出すことが必要となる。このとき、例えば、物理的な力の活用と非物理的な力の区別のような個別な区別ではなくて、何らかの原理的な基準により区別が示されるべきであると、クロンマンはいう。そして、第一部の後半であるアドバンテージ活用の基準の検討に入るのである。

〈アドバンテージの活用という概念の利点〉

以上、アドバンテージの活用というのは馴染み薄い概念であり、またクロンマンの用い方が多少特殊なもので誤解を招きやすいと思われることから、多少詳細にクロンマンのアドバンテージの活用という見解を紹介した。こうしたクロンマンの叙述は、直接的にはリベタリアニズムの論者たちに対して向けられているが、彼の主張は、同時にリベラリズムたちにも向けられているといつてよいであろう。なぜなら、リベラリズムの契約理論においても、リベタリアニズムと同様に、随意的交換という概念が一定の役割を果たしていると考えられる以上、クロンマンが標準的なリベタリアニズムの見解に対して行なった批判と提言は、リベラリズムの契約概念に関してもその限度で適用することが可能であるからである。⁽⁸⁾

さて、騙された側の契約当事者の同意の随意性ではなくて、騙した側の当事者の行なったアドバンテージの活用が許容されるかという形での問題設定は、クロンマン特有のものと考えられる。一般に、当事者の合意が強制可能

かという点を分析する際には、むしろ、不利益を被った側にとって随意的な取引であったのかという問いの方が、受け入れやすい問いであると思えるに違いない。しかし、クロンマンは随意性という概念では契約の強制可能性を判断できないので、別の基準を持ち込んだのである。たしかに、随意性と不随意性については、契約の当事者が契約締結に際して、強要されたりあるいは契約の目的等の重要な事実について知らなかった場合には、随意的でない、一応いえるであろう⁽⁹⁾。しかしながらこの基準では、実際の適用に当たっては判断の困難な微妙な場面があるのもまた、確かである。例えば、家屋の売主がその欠陥を告げなかった場合と、土地の買主が鉱物が埋蔵されていることを売主に告げずに時価より安く購入した場合とは、両方とも重大な情報の秘匿であるが、前者の契約は破棄される可能性があるが、少なくとも後者の契約は有効とされることになる。したがって、クロンマンのいうように、契約の随意性の基準では、適用しきれない場面があることは事実なのである。そこで、クロンマンのいうアドバンテージの活用という概念は、契約の強制可能性を考えるにあたって適当な基準といえるかどうかの問題の中心となる。これに対しては、提示され得る幾つかの疑問がある。

まず、第一の疑問として考えられるのは、契約法は一定の取引方法が禁じられるかを問題としていたのであって、当事者がアドバンテージの活用をしているかどうかを問題にしてるのではないという疑問である。つまり、たとえ詐欺を行なった者が自らのアドバンテージの活用をしていなかったにしても、それに関係なく合意の手続きに瑕疵がある場合には、その契約は強行できないということである。

しかし、こうした疑問は当てはまらない。クロンマンのいうアドバンテージの活用は、非常に広範な概念であって、当事者が意識するしないに関わらず、合意の過程およびその結果から客観的に評価されるものだからである。例えば、契約相手より知性や勇気が優れていれば、それがアドバンテージである。また、金銭や不動産の貸主は財産を有しているという点でアドバンテージがある。さらに、人を強迫するという肉体的な力もアドバンテージとな

るであろう。つまり、個別の取引の各当事者間で、一方が他方より何らか有利な地位をもっていることが、クロンマンのいうアドバンテージであり、その有利な地位が契約に何らかの寄与をしたならば、アドバンテージの活用があったと評価されるのである。だから、クロンマンによれば、「こうした広い意味においては、アドバンテージの活用はすべての契約において存在するのである」⁽¹⁰⁾。結局、クロンマンのいうアドバンテージの活用という概念を用いれば、人が契約交渉し契約を締結するに至った場合には、当事者はそれぞれ何らかのアドバンテージを活用していることになる。そして、この意味で、クロンマンのいうアドバンテージ活用とは、契約交渉に至った経過を後から見た場合に、第三者、例えば裁判官が、評価する際に用いられる概念であって、当事者が主観的にそのことを意識しているかとは無関係なものといえるのである。

第二に考えられる疑問は、第一の疑問に比べると、より実質的なものである。随意性があつたかどうかは、アドバンテージの活用が許されることと同一視できるのであるかどうかという疑問である。

このことをいちばん明確な形で述べているのは、契約法と配分的正義の関係を否定するルーシー教授の「配分的正義としてのメカニズムとしての契約法」の論文である。⁽¹¹⁾ルーシーは、アドバンテージの活用した側ではなく、自らの選択が制約された側の当事者に焦点をあてる立場へ戻る。そして、契約当事者が、「自由 (free)」「契約関係に入ったかどうかを問題とすることで、クロンマンが指摘した随意的交換の不明確性は回避できると主張する。ルーシーによれば、随意性の有無は、契約に入った当事者がその状況を理解し、理性をもつて当該行為に入ったかどうかをいう。これはかなり広い範囲で随意的な交換を認める考え方である。もちろん、こうした広範な随意性の概念をとる以上、契約の強制可能性について、随意性にさらに「自由な選択」という要件を加えるのである。そして、クロンマンがいう「随意性」とは、自由な選択があつたということと等しいと考えている。そして、契約当事者は、物理的にも精神的にも正常な能力を有し、かつこうした能力を行使するために公正な機会があつたときに

限って、当事者自分の選択に責任を持つことができるものとされるのである。ルーシーは、これを責任原理(RP)と呼ぶ。⁽¹²⁾

しかしながら、ルーシーによって主張されたRPは、十分な説得力を有しているとはいえないであろう。まず、ルーシーの主張する公正な機会という概念は、詳細に見てみるとやはり曖昧な概念である。彼は、公正な機会であるためには、当事者にとって別のいくつかの選択肢があり、そのうち当事者にとって不利益でない選択枝が含まれていることが必要であるとしている。よって、ピストルを突き付けられて契約を迫られている場合には、契約をする選択枝とピストルに打たれるという選択枝しかないのです、この要件を充足していないことになる。さらに、公正な機会の要件として、当事者がその取引の重要な部分について知っているか、知らないにしても自己の過失により知らないことが必要であることが挙げられている。⁽¹³⁾しかし、どのような過失があった場合に責任が生じるのかは、具体的状況によるとされるので、過失の内容については曖昧な点がある。⁽¹⁴⁾次に、RPは、取引における弱者の立場にある当事者について、顧慮していない。強者の当事者が弱者の選択に対して何らかの責任を道徳的に負いうるかという問題を回避しているのである。⁽¹⁵⁾この点で、ルーシーの議論は、クロンマンでは考慮されていた実質的な公正についての配慮が欠けているのである。

第三に、クロンマンのアドバンテージの活用に関する疑問としては、彼が契約当事者が用いる有利な地位を、画一的に扱っている点がある。すなわち、アドバンテージの活用される場面には、交渉力(bargaining power)に違いあるという意味での取引上の強者と弱者間と、当事者双方が同程度の交渉力を有している場合とがある。前者は、情報量、資源の配分に差がある場合である。両者の差は、質的なものというより、量的なものかもしれない。しかし、もし、交渉力の差が著しいものであれば、その場合には、契約当事者間に相互にあるアドバンテージの活用であることに加えて、まさに advantage taking の文字どおり、相手方の弱みに付け込んだといえるのではないであらう。

うか。つまり、こうした場合には、アドバンテージを活用する側に焦点をあてると同時に、弱者側に対する実質的公正の点からの配慮が明らかにされるべきだとも考えられるのである。ただ、少なくともルーシーの立場とは異なり、クロンマンは、アドバンテージの活用場面として、前述したように本人の能力が欠如しているような場合（未成年、能力の欠缺等）、相手方の誘因による場合（詐欺、強迫、不実表示等）、あるいは相手方が希少資源を独占している場合等様々な場合を挙げており、強者の行為に焦点をあてるという意味で実質的な公正にも顧慮している。また、この問題は、クロンマンのアドバンテージの活用の許容基準の適用の仕方とあわせて見なければならぬ。いとも考えられるので、アドバンテージの活用という基準が欠陥を有するとまではいえないであろう。

以上から、リバタリアニズムの提示する随意的交換という概念をアドバンテージの活用という基準に転換しようとするクロンマンの見解は、リバタリアニズムにとって、そして随意的交換という概念を用いるという意味では、リベラリズムにとっても、一定の意味を有すると考えられるのである。

II-2 配分的正義原理の実現とパレート主義

〈パレート主義〉

さて、クロンマンのアドバンテージの活用という視点が一定の意味を持つていても、その活用の許否につきどのような基準をとるかが問題である。クロンマンは、この問題につき自由の原理が直接的に答えをだせないとするれば、リバタリアンが採用する可能性がある別の選択肢を考えなければならないという。いくつかの方法が考えられるが、そのうちでも重要なものは三つであるとしている。第一は、ある人が他人より優れた才能等を有している場合、その才能を有するがゆえにそれを利用する権利が個人に与えられるという自然的優越性の理論（the doctrine of natural superiority）である。しかし、リバタリアニズムが強力な平等主義的な理論であり、すべての個

人は他人に基本的な権利を侵害されないという基本的な権利を有している以上、自然的優越性の議論はとり得ない。⁽¹⁶⁾ 第二は、アドバンテージの活用が社会の構成員の総効用、望ましい善の総計を増加させるかどうかを基礎とするに功利主義である。しかし、リバタリアニズムが、個人の利益を尊重する立場であることから、功利主義もまたとることはできないといえよう。第三は、パレート主義である。リバタリアニズムはこのパレート主義の立場に立つと、クロンマンはいう。パレート主義は、随意性のアドバンテージの活用の置き換えと並んで、クロンマンの議論の中心部分である。

パレート主義は、利用された側の当事者の利益がその取引によって改善されるかを判断することによって、許されるアドバンテージの活用であるかどうかを識別する。契約の当事者に自己のアドバンテージの活用が許されるのは、長期的な視点で見た場合に、利用された側が、アドバンテージの活用の規制がなされた場合と比較して、より向上すると予想される場合 (better off) に限られる。

しかし、契約当事者の改善の有無を取引ごとに個別に考えていくと、裁判所においては、個別の契約当事者について、その長期的な利益を評価することは困難である。また、立法府は、特定の個人ではなく一定の集団の人々に適用されるルールを規定するから、個人ごとのパレート改善を考えることは不可能である。したがって、個人の利益を基礎としたパレート主義ではなく、利用される大多数の人々 (most people) の福利を増大させるかという観点を持ち込んだパレート主義を適用すべきであるという。

クロンマンは、こうしたパレート主義がいかにして随意的な交換の内容を意味のあるものとしているかについて、幾つかの具体例を挙げて説明する。例えば、Aは豊富な鉱物資源を産する土地を保有しているが、その事実を知らない。Bは、調査の結果その事実を知り、Aからその土地を真実の価格よりも安価で購入した。その後Aは、Bが事実を告げなかったことが詐欺にあたるという理由から、契約を解除しようとした。ここでは、情報を保有し

ているBがAに知らせずその情報を利用することが許されるかが問題となる。パレート主義では、Bが情報を開示する必要があることを次のように説明するであろう。Bが慎重な調査の上この情報を得たとき、この情報を取引の相手方に告げなければならぬとしたら、Bはその調査から利益を受けることができなくなるから、その後同様の調査をしようとする人々の意欲を減じさせることになるし、そうすると土地の地質学情報も減り、結局は土地の効率的な配分も害されることになる。鉱物資源の開発がなされないと、例えば石油、アルミニウムなどの値段が上がり、長期的に見るとAも不利益を被る。価値を高めるような情報については、その情報が獲得されやすい状況、つまり自分の得た情報を他人に開示する義務はないとすることによって、長期的に見れば、情報を受け取らなかった者も利益を受け取ることができるのである。

対照的に、明らかに許容することができないアドバンテージの活用もある。例えば、強迫や詐欺である。生産的情報の利用は前述のようにさらなる価値の増加を生み出したが、社会のなかで強迫や詐欺を行なうことが許容されたとしても、価値の増加は生み出されることはないのである。

家屋の売主が重要な情報、例えば白蟻の情報を秘匿した場合は、右の諸例に比較すると、解決はそう明快ではない。家屋の売主Aは、白蟻の情報を得たが、それを隠してBに売却した。Aの有する情報は、希少資源の配分の効率性を考慮に入れば、生産的な情報であって、鉱物資源の例と同じである。しかし、鉱物資源の例と異なり、家屋の所有者Aは、特別の調査の上白蟻の情報を得たのではなく偶然に知ったのかもしれない。したがって、Aに情報の開示義務を認めたにしても、生産的情報に与える影響、そうした情報が獲得されなくなる危険性は非常に少ないものである。さらに、Aに開示義務を認めないと、買主Bは費用を払って家屋を調べることになる。したがって、売主に隠れている瑕疵について情報の開示義務を認めないことは、長期的に見て買主一般の利益を高めることにはならないのである。

〈パレート主義と平等〉

契約当事者Aのアドバンテージの活用が許されるのは、その活用の結果、長期的に見て不利益を受ける相手方Bの属するクラスの集団が福利を受けると評価されるときである。福利を受けたと評価されるのは、契約の規制がある場合とない場合を比較すると、規制のない場合の方がBの状態がより善いと判断できる向上したかどうかで判断できる場合である。こうしたパレート主義は、平等な状況をベースライン (baseline) としている。ここで平等な状況をベースラインといっているのは、次の意味である。自己のアドバンテージの活用が許されるのは、長期的に見て一定のクラスの人々の福利が向上する場合に限られる。そうでないならば、自己の現実に所有している能力、情報等のアドバンテージの活用して、有利な契約を締結することが許されないのである。ということは、有利な才能を有していても、他人の利益が向上する場合でなければ利用することができないのである。したがって、アドバンテージの活用という不平等な扱いが許容されるのは、不利益を受ける相手方の属する集団の福利が向上するときであって、それ以外の場合には、誰にも自己のアドバンテージの活用が許されないという平等な状態にあるわけである。こうした平等は、個人の有しているアドバンテージが他のすべての人々にとっても利用可能になるという意味で、平等である場合と、アドバンテージの活用がすべての人にとって禁止されているという意味で、平等である場合とがある。すべての人に利用が可能になる場面は、例えば、自己の保有する生産的な情報を開示しなければならぬ場合である。情報の開示義務を負うことによって、個人の保有している情報はすべての人の共有の情報となるという平等な状態が実現される。すべての人にとってアドバンテージの活用が禁止されている場面とは、例えば、人より優れた肉体を有している者が、その力を利用して強迫することを禁止されている場合である。強迫が禁止されることによって、すべての人は力を行使できないという意味で平等な状況が実現される。そして、こうした平等主義的な立場に立つならば、いかなるアドバンテージ (体力、知性、情報) も、誰も優先的な主張ができない共同

の一種のファンドつまり基金に属することになるのであって、そのアドバンテージを所持する本人でも優先的な権利を主張することができないことになる。しかし、多くのリバタリアニズムは、他人の権利を侵害しないかぎり、個人はアドバンテージを所持しているだけで自由に行使する権利を有していると主張し、共同のファンドという考え方に反論するだろう。しかしながら、リバタリアニズムといえども、いかなる所持 (possession) も正当化するわけではなく、その境界線の線引を行なうのである。例えば、自分の優れた体力を用いて強迫することは許されないし、優れた知性を用いて詐欺を行なうことも許されないのである。したがって、個人が優れたアドバンテージを所持しているという事実だけでは、そのアドバンテージの活用がどの程度まで許されるかの基準を提示することはできないのである。

以上のことをふまえたならば、たいていのリバタリアニズムは、制限された限度で配分的正義の考え方を契約法に取り入れることは可能というであろう。すなわち、随意的交換という観念が意味を持つためには、契約の過程におけるアドバンテージに対する権利がいかに配分されるべきかが決定されなければならない。しかしながら、許されないアドバンテージの活用がないかぎり、交換の配分的結果については考慮すべきでない。つまり予想される大多数のリバタリアニズムの考えは、随意的交換が意味あるものとするために、契約過程においては配分的な考慮に基づく規制を認めるが、他方で契約の結果の不平等について一切配分的な考慮を認めないというものである。しかし、クロンマンは、こうした予想されるリバタリアニズムの考えに対しても、以下のように反論する。もし、結果の不平等に対する契約法の規制を許さないと主張するリバタリアニズムが、交換から生じる結果の不平等自体が正当化されると考えているならば、その考えは一貫していない。その考えは、交換的取引における知的な能力の活用と、貨幣を有することから来る取引上の影響力とを区別するものである、しかし、貨幣は個人が有するアドバンテージのなかでも、特に強い影響力を持つものであることは、明らかである。お金があれば、不利な契約条件を結

ぶ可能性は少なくなる。したがって、契約過程で情報というアドバンテージを活用することが許されるかどうかと同様に、自己の有している財産を活用できるかどうかについても、正当化が必要とされることになる。以上のことから、リバタリアニズムたちが結果の不平等に対する契約法の規制を許さないと主張するときには、彼らは、アドバンテージの活用が許されるかどうかの基準（例えば、功利主義やパレート主義）によって既存の富の不平等が正当化されると考えているか、さもなければ、契約法ではなく税制度等のその他の手段で、富の不平等の是正を行なうべきだと考えていることになる。ただ、このように考えれば、リバタリアニズムとリベラリズムの根本的な違いはなくなってしまうことになる。

＜リバタリアニズムとパレート主義＞

以上のように、クロンマンは、リバタリアニズムのいう随意的交換が意味あるものとするためには、アドバンテージの活用の許容基準として、自然的優越性の理論や功利主義ではなく、契約に規制を行なう場合と行なわない場合に生じる利用される側の利益を比較するパレート主義をとるべきである。しかし、個人に関する比較に基づくパレート主義は実現困難である（以下、「個人の状態比較によるパレート主義」という）。よって、利用された側の属する集団の利益が長期的に向上する場合に限って、アドバンテージの活用を認めることができるというパレート主義をとり、その場合には基礎となるベースラインは、アドバンテージに関してすべての人が平等な状態であるとする（以下、「集団の状態比較によるパレート主義」という）。さらに、その結果個人の所持する種々のアドバンテージは、社会の構成員共同のファンドとして扱われることになりするという結論を導く。こうした段階を踏むことによって、最終的には、リバタリアニズムは、リベラリズムに対する独自性を失う段階にまで至るのである。では、こうしたクロンマンの主張は、説得的なものといえるであろうか。

クロンマンのパレート主義に対して考えられる主たる批判としては、以下の四つが挙げられると考える。第一

に、クロンマンのいうパレート主義の内容が不明確性であること、第二に、「集団の状態比較によるパレート主義」が個人の随意性の判定基準として適当なものであるかという疑問、第三に個人の所持する才能を共同のファンドに属するという平等主義的扱いが、個人の別個性と自律を重視するリバタリアニズム（リベラリズムでも同様である）の立場と整合しないのではないかという疑問、第四に、クロンマンが否定したパレート主義以外の基準、とりわけ自然的優越性の理論に対する否定の根拠の脆弱さである。ここでは、このうち第一から第三の批判について、述べていきたい。⁽¹⁷⁾ まず、明らかにすべきは、クロンマンの論文でいうパレート主義の内容である。パレート主義という場合には、通常二つの原理が含まれる。パレート優位あるいは改善（pareto superiority or pareto improvement）とパレート最適（pareto optimal）である。パレート優位とは、次のような状況が実現するときになりたつ。もし、Yという資源配分からXという資源配分に移った場合に、少なくとも一人以上の状態が向上し誰一人悪くならないときには、Xという資源配分はYより優れているという。このときには、YからXへパレート改善がなされたともいわれる。パレート最適とは、誰か一人の状態を悪くしなければ他の人の状態を向上させるとはできないような資源配分の状態をいう。パレート改善を繰り返していくと、パレート最適な状況に至るので、パレート最適はパレート優位を基礎として出てくるともいえる。クロンマン自身は明言していないが、クロンマンのいうパレート主義は、パレート最適でなくパレート優位であると考えられる⁽¹⁸⁾。例えば、前述の鉱山の情報を秘匿して取引した売主Aと買主Bの場合、Bの情報の独占的利用を認める場合をX、情報の開示義務を負わせる場合をYとすると、Yに比べてXの方がAの利益状況が上がるときに、XはYよりパレート優位である。なぜなら、BについてはXの方が利益が向上することは明らかだからである。つまり、XというBのアドバンテージの活用が行なわれた状況がパレート改善であるためには、Aの利益が向上しさえすればよいのである。鉱山情報の場合には、鉱物に関する生産的情報の収集が促進されることによって、Aも鉱物の値段低下という利益を受けることが

できるといふ形でパレート改善が果たせることになったのである。パレート最適についてはどうであらうか。クロンマンの右のような論述の仕方を見れば、クロンマンが想定しているのはパレート改善と考えられるが、仮に、当事者間の取引でパレート最適な取引とパレート最適でない取引を想定してみると、次のようになる。パレート最適な取引とは、当事者間の少なくとも一人が向上しかつ誰も状況悪化しないような取引がその他に存在しない場合の取引である。他方、逆に、パレート最適でない取引とは、他にパレート改善の余地がある取引が存在する取引である。例えば、買主Bに鉱物情報の独占を認める取引は、その他にパレート改善となる取引が考えられないならばパレート最適である。ところが、売主Aが買主Bに欠陥のある家屋を売却した場合には、もしAが他に欠陥のない売主を見つけることができ、鉱物情報の開示の場合のように生産的情報の収集が阻害されるという状態の悪化もなく、Bにとっても買主の候補者がA以外考えられれば、欠陥のある家屋を売却する取引はパレート最適でない取引となる。私は、パレート最適の基準も取引の規制にあたって一定の有効性を持つもの⁽¹⁹⁾と考えるが、少なくとも、クロンマンのいうパレート主義は、パレート最適でなくパレート優位であることは明らかである。

第二に、クロンマンの「集団の状態比較によるパレート主義」をめぐる問題である。

クロンマンは、随意的交換かどうかという基準は、リバタリアニズムの主張する権利の侵害があったかという基準では確定することができないので、アドバンテージの活用という基準を提示し、随意的交換がどうかという問いをアドバンテージの活用が許容できるかという問いに置き換えたのである。とすると、あくまで、アドバンテージの活用の許否は、個人の同意が随意的かどうかの判定基準なのである。したがって、当然長期的に個人の属する集団の利益が向上することが、個人の同意に随意性を備えるものになるのかという疑問が湧くのは当然である。⁽²⁰⁾個人は、自己の利益を最大化を追求しているのであって、自己の属する集団の長期的利益の向上をめざすものではないからである。こうした疑問が生じる原因は次のようにいえる。本来、クロンマンのパレート主義の原型は、「個人の

状態比較によるパレート主義」である。つまり、当該個人の利益が長期的に見て向上するものであれば、アドバンテージの活用も許されるタイプのパレート主義である。そして、こうした「個人の状態比較によるパレート主義」が、仮に判定可能であれば、自己の長期的利益を向上させるような取引であれば随意的な取引であると判断することは可能であろう。すなわち、そうすることで、様々な状況、知性、才能、肉体的力、希少資源の独占等における合意が自発的かどうかで決定されるのである。しかし、前述したようにクロンマンは、現実の裁判手続きおよび立法を考えたときに「個人の状態比較によるパレート主義」はとりえず、「集団の状態比較によるパレート主義」へ移行すべきだという。こうした「個人の状態比較によるパレート主義」の実行可能性に対するクロンマンの判断が正当なものであるとしても、「集団の状態比較によるパレート主義」へ移行した時点で、個人の随意性の判断の基準としては、その重要な基礎を失ったといえるのではないであろうか。クロンマンが、こうした移行を行なった背景には、個人は自己の所持するアドバンテージの活用を単に所持している事実だけでは許されず、すべてのアドバンテージは、共同のファンドに属するというきわめて平等主義的な見解が背後にあったためでないかと思われる。さらに、「集団の状態比較によるパレート主義」は交換の過程で機能しているが、この原理は、財の一般的配分の基準に関するクロンマンの平等主義的なパレート主義へ移行する前提の段階として理解することが可能であるともいえるのである。では、こうしたクロンマンの平等主義的立場はどのように評価すべきであろうか。これが第三の批判である。

第三に、クロンマンは、個人の所持する才能が共同のファンドに属するという平等主義的扱いを行なっている。これに対しては、リバタリアニズムの基本的な立場と個人の自律性の尊重という立場と整合性を有しないのではないかとという批判がなされている。⁽²¹⁾あるいは、個人が所持しているアドバンテージを個人に属していないものとして扱うことは、非現実的であるともいわれる。⁽²²⁾こうした批判は、もっともである。では、リバタリアニズムが契約の

規制に関して最低限の道德性を持つための基準を探索しようとして出発したクロンマンが、なぜこうした立場に至ったのであろうか。

クロンマンのこうした個人の所持するアドバンテージを共同のファンドに属するという立場を、ここでは、「平等主義的なパレット主義」と呼ぶことにする。クロンマンは、「集団の状態比較によるパレット主義」の立場をとるということは、すなわちパレット原理のベースラインを平等状態に置くことになるから、「平等主義的なパレット主義」にいたるという。なぜなら、個人の有しているアドバンテージは、情報、肉体的力は、一定の集団の利益になるときにしか使うことができず、その意味でパレット改善のベースラインは、誰もがそのアドバンテージを使えるか（情報の開示義務のように）、あるいは誰もが使えないか（肉体的力のように）という平等状態だからである。しかしながら、集団の長期的利益を比較することから、個人のアドバンテージが共同のファンドに属するという結論は、必然的に導かれるものではないであろう。個人の所持するアドバンテージは個人に属するが、一定の制限を受けるという説明も可能なのである。しかし、あえてクロンマンがこうした「平等主義的なパレット主義」を主張する背景は、クロンマンは明示的には述べていないもののロールズの格差原理を基礎とする平等主義的な見解を有しているためであると考えられる。⁽²³⁾クロンマンが、論文の数箇所⁽²⁴⁾で、ロールズのテストと自己の基準との類似性を強調していることから、この点が裏付けられるであろう。したがって、クロンマンの「平等主義的なパレット主義」は、直接的には、交換過程および交換の結果に対する規制の許容基準に関して述べられているものの、契約の前提としての一般的富の分配の基準について適用される基準として用いられることが予定されているといつてよいように思われる。ここにいたっては、クロンマンの立場は、リバタリアニズムとの整合性を完全に失っているといわざるを得ないのであろう。

Ⅱ-3 クロンマンの主張の意義

以上、Ⅱ-2で述べた部分については、クロンマンの平等主義的な考え方は、ロールズの格差原理と整合性を有するものであっても、リバタリアニズムとは整合性を有しないことが明らかである。そして、クロンマンに対する批判のうち、核心的な部分は、アドバンテージの活用⁽²⁵⁾の許否に関して個人の長期的利益の向上を一定の集団のそれに転換するという点、ならびに個人の所持するアドバンテージを社会構成員の共同のファンドとして扱うことの二点であるといえるであろう。しかしながら、随意性が問題となる取引にあたって、有利な地位を占めている側に焦点をあて、配分的正義の観点からアドバンテージの活用⁽²⁵⁾の許否を考えていこうとして点は評価できるものである。また、リバタリアニズムの随意的な交換という観念のみでは対処しきれない場面に、実質的な公正を考え、有利な地位の利用が放置されている状況と規制のなされた状況とのパレート改善を考えていこうという姿勢には、一定の評価が与えられるべきであろう。随意的交換あるいは公正な手続きという観念のみでは、それ自体で独立して契約に規制が認められるべき様々な状況の判断ができない以上、それ以外の何らかの判断基準が必要なることは間違いないのである。そこで、Ⅲの部分では、クロンマンと異なった立場から、契約法が配分的正義の目的を実現するメカニズムを有していると考えているクロンズ教授の見解を見ていくことにする。

Ⅲ コリンズの配分的正義論

コリンズは、クロンマンと同様に、契約法は配分的目的を有するという立場に立っている。両者とも、リバタリアニズムあるいはリベラリズムのいう契約法の中立性に対して、疑問を提示しているのである。しかし、クロンマンにおいてはリバタリアニズムの随意的交換の内容の分析から結論が引き出されたが、コリンズは、契約における手続的正義の分析から、契約法と配分的正義の関連を導きだすのである。クロンマンの理論は、先に述べたように

結果としてきわめて平等主義的な見解にいきつくものであり、個人の自律性との間に不整合性を生じ、そのすべてを受け入れることは困難であることは、前述したとおりである。では、コリンズは、契約法が配分的目的を有するという主張を、どのように論証するのであろうか。以下、コリンズの理論について、述べていきたい。

Ⅲ-1 契約法における配分的正義

〈契約法における配分的目的に関する伝統的な見解〉

契約法における伝統的立場は、契約法は配分的効果を有しているが、配分的目的を有していないとされる。現代における福祉国家においては消費者保護法などが出現はしてはいるものの、契約法のいわば周縁的部分として扱われ、契約法自体の目的としては配分的な目的を認めないという立場が、依然として固持されているように思われるのである。そこでは、国家による配分的正義の実現は、もっぱら税制度に委ねるべきであると考え、契約法と租税の徴収・助成制度は峻別されている。しかしながら、契約法は、市場取引を規制する法であって、その契約法が富の配分が公正か不公正かという立場を避けることが果たしてできるのであろうか。すなわち、契約法は自由な市場経済を基礎にしているが、その法の有する配分的効果はある程度予見可能なものと考えられる。そうであるのに、契約法は配分的目的について中立的である、つまり配分的な目的はないのだという主張は一貫性を持つのであろうか。たしかに、市場の取引する者が取引の能力が他の者に比べて劣っていたために不利な扱いを受けたとしても、それだけでその結果の是正が行なわれるわけではないから、その限度で契約法は中立的である。しかしながら、このことから、契約法の目的と配分的正義を峻別することが可能かどうかは疑問である。

〈契約法と純粹な手続的正義〉

契約法の中立性を擁護する立場において最も説得力を有する主張とは、契約法においては手続的正義が妥当す

るのであって、配分的目的とは無関係であるという主張であらう。この主張でいう契約法で用いられる手続き的正義とは、純粹な手続き的正義 (pure procedural justice) であり、完全な手続き的正義 (perfect procedural justice) と区別される。この純粹な手続き的正義と完全な手続き的正義の区別は、ロールズによる⁽²⁶⁾。契約法の中立性の主張は、契約法が純粹な手続き的正義の一種であるという主張と同視できるのである。

純粹な手続き的正義および完全な手続き的正義の区別は、次のように表わされる。完全な手続き的正義とは、結果の公正によって判断される独立した基準がある場合の手続きに関する正義である。例えば、複数の人の間で一つのキーを平等に切り分けようとするときに、その結果を実現するのに最も適した手続きは、完全な手続き的正義に適っている。平等にキーを分けるという独立した基準があるからである。

対照的に、純粹な手続き的正義は、独立した基準がない場面で適用される。つまり、純粹な手続き的正義は、その手続きから生じる結果に対して中立的である。例えば、賭のシステムは、純粹な手続き正義が適用される場面である。ルーレットのような賭は、そのルールにしたがって行なわれ、かついかさまなどが行なわれていなければ、手続きに適っているとされる。そして、その手続きに適っているかぎり、どのような結果が生じようと、つまり一人だけが勝ちを占めようが、損をしようが、無関係なのである。即ち、純粹な手続き的正義は、どのような結果であれ特定の結果を保証するものではないのである。⁽²⁷⁾したがって、純粹な手続き的正義の要件は、結果に関する独立した基準がないこと (消極的要件)、ならびに合理的で自由に (rationally and freely) 選択されたこと (積極的要件) である。こうした状況は、ロールズのいう原初状態 (the original position) での選択により実現される。したがって、合理的で自由な選択がなされるためには、次の三つの要件が必要とされる。すなわち、個人は自己の利益を最大化することをめざす合理的な人間であること、歪みが生じないシステムであること (例えば、賭の例ではいかさまが行なわれないこと)、公正な機会の下で選ばれたこと (選択に際してあらゆる可能な手続きが使えるとい

う意味での)である。契約法は、こうした純粋な手続き適正の要件を備えていることによって、正義になつた移転といえるのである。

ものの移転に関する制度が、正義に適つた移転であるためには、完全な手続き的正義か純粋な手続き的正義のどちらかになつていなければならない。完全な手続き的正義に適う移転としては、租税の徴収が挙げられる。他方、反対給付があるという意味での交換を規律する契約法は、個々の取引の場面での配分的正義の実現を避けるためには、純粋な手続き的正義になつたルールによつて構成されなければならないのである。したがつて、契約法と配分的正義の問題を考えるにあつては、契約法のルールは純粋な手続き的正義に適っているかを検討しなければならないのである。

〈原初状態〉

純粋な手続き的正義になつた契約法のルールは、ロールズのいう原初状態 (original position) で選ばれるルールであるといえよう。無知のヴェールの下で、人々は自分たちの立場、嗜好、偏見について知識を有していないので、中立的に選択することができるのである。したがつて、契約法のルールが純粋な手続き的正義に適っているかについて、ロールズのこの原初状態を借りて検討することができる。原初状態で選択される可能性のあるオプションとしては、考え得る三つのオプションがある。

「オプション1 経済的価値のあるあらゆるすべての随意的交換は強制可能である。」この立場は、ノージックによつて擁護される⁽²⁸⁾。原初状態の当事者に経済的な知識を与えられていたならば、随意的な交換である以上、その取引は強制可能であるとされる。取引当事者は富を増加させるために取引に入るのであるから、そうした取引は、一般にパレート最適な取引、つまりその取引以外に当事者が向上する取引が存在しない取引として考えられるであろう。オプション1の場合に、強迫、詐欺に対する規制のみが行なわれる。

「オプション2 当事者がある程度の平等な交渉力を持つ人々の間の競争市場 (competitive market) における随意的取引は強制可能である。これら以外の取引は、無効であるか、あるいは競争市場と交渉力 (Bargaining power) の平等という条件が満たされたならば合意したと考えられる条項に照らして修正されるべきである。」この立場は、市場の失敗 (market failure) を考慮するアイゼンバーグの見解と関連する点に、オプション1との決定的な違いがある。⁽²⁹⁾ この立場では、市場における地位の独占や、技術、知識等から生じる交渉力の相違は、パレート最適の基準を満足させないものとされるのである。したがって、交渉力の相違の下で締結された契約の無効あるいは変更という形で救済が与えられなければならない。

「オプション3 随意的契約といえども、その契約の結果、当事者の富や資源が減少する場合には、強制されるべきでない。但し、当事者間のリスクの公正な均衡の効果の場合には強制され得る。」現代において、この立場に最も近いのは、ゴードレイの主張である。⁽³⁰⁾ 投機的な取引を除いて、契約の結果当事者がより悪い地位になる取引は、正義に適わない取引である。このルールは、交換における等価性に焦点をおいている。

以上の三つのオプションは、純粋な手続き的正義にかなったものといえるのであろうか。純粋な手続き的正義の消極、積極の二つの要件のうち、問題となるのは消極要件である。なぜなら、原初状態で選択される基準であることから、前述した積極要件、合理的で自由な選択のための(1)(2)(3)の要件は充たされるからである。よって、結果について独立した基準がないという消極要件が、三つのオプション、とりわけオプション2とオプション3を充足するかが問題となる。

オプション1の立場に立つ者は、自己の立場のみが結果に関する独立した基準を有さないものと主張するであろう。自己の立場が契約の強制可能性を制約する可能性が最も少なく、結果に対して中立的で、純粋な手続き的正義に適った唯一の基準である。さらに、随意的交換において要求されるのは、何か特定の配分的正義のパターンを決

めることではないので、オプション2や3のように何らかのパターンにしたがって契約の規制を行なうことは、契約から生じる結果に対する規制となるので、なされるべきでない。そして、こうした契約法の中立性を守るためには、個別の取引が、パレート最適でない取引、つまり他に当事者の地位を向上させる取引が存在するような取引、となる可能性もありうるであろう。そうしたパレート最適でない取引が存在するリスクは、純粋な手続き的正義の実現のためには必要であるという。

しかしながら、オプション2および3の論者も、それぞれ自分の立場が純粋な手続き的正義に適っているものと主張するであろう。まず、オプション2は、交渉力の劣っている弱者の立場を顧慮する立場であるが、この立場は次のように主張するであろう。市場において誰にどのような財が配分されるかに関して知らない場合には、原初状態にある当事者は、例えば商品知識の劣る消費者のような弱者に不利益を招く資源や交渉力の相違に関心があつては当然である。したがって、交渉力の相違から生じるパレート最適でない取引を修正するべきであるが、このように考えたとしても、結果に関する独立した配分的正義の基準を設けているわけではないから、純粋な手続き的正義の要件には反しない。なぜなら、オプション1よりも狭い範囲ではあるが、オプション2においても、市場において生じる取引の結果が決まっているわけではなく、取引の結果の多様性の保証はなされているからである。次に、オプション3は、取引の結果の等価性（相当程度の不等価性を排除するという意味での）に着目する立場である。オプション3の立場においても、純粋な手続き的正義に適っているとの主張がなされるであろう。この立場では、前の二つの立場に比べれば狭いものの、契約によって一定の富の再分配が行なわれるという。この立場では、パレート最適でない取引を広く規制するが、その当事者がよりよくなることを保証しているわけではないので、特定の個人に特定の結果をもたらす独立した基準を有しているわけではないのである。

以上のように、提示された三つのオプションは、いずれも純粋な手続き的正義に適った規制方法なのである。な

ぜなら、いずれのオプションも原初状態での選ばれ得る基準であり、かついずれも市場取引の結果として特定の形態の富の再分配を要求してはいないからである。しかし、オプション1の立場からは、オプション2、3はオプション1に付加的な要件をプラスすることによって、完全な手続的正義的な要素を持ち込んでいるのではないという批判が考えられる。しかし、各オプションの相違を詳細に検討すれば、各自のアプローチの違いは、実は、純粹な手続的正義と完全な手続的正義の相違によるのではなく、それぞれのオプションを擁護する人々が原初状態において市場取引におけるリスクをどの程度嫌悪すると考えられるか (risk aversion) によるのである。

以上から、問題の焦点は、リスク嫌悪の程度をどのようなものとすべきかの決定に置かれることとなる。この決定の仕方については、二つの方法が考えられる。第一は、コンセンサスによる方法であるが、リスクについて強気な人もいれば弱気の人もいるというように様々なタイプの人がいる以上、コンセンサスを得ることは難しいであろう。第二の方法は、配分的正義に基づいてその決定を行なう手段である。この方法では、純粹な手続的正義に適用可能なオプションのうちから、配分的正義の実現という基準に基づいて、あるオプションが選ばれることになる。したがって、契約法の目的は配分的正義であるという結論が導かれることになるであろう。

〈政治と法理論〉

以上のような議論は、政治理論 (politics) の上でも、法理論上も、意味を有している。

まず、こうした議論は、政治的にどのような意味を含んでいるのであろうか。まず、リベタリアニズムの主張との関連を考えると、この立場では市場のみが配分的正義を実現するための唯一のメカニズムであると主張される。しかし、こうしたリベタリアニズムの立場は、オプション1のみが純粹な手続的正義に適っているものではないことが今までの論述で明らかにされた以上、説得力を有しない。つぎに、リベラリズムの主張との関連では、この立場は国家による富の再分配は租税徴収・助成制度によってなされるべきで、契約法によって配分的正義が実現さ

れるべきでないという。しかし、契約法において純粋な手続的正義に適う複数のオプションが認められ、そのうちのオプションを選ぶかは配分的正義との関連で決定されると考えるならば、やはりこの立場も説得力を有しないこととなる。したがって、結局税制度と契約法は、両方とも配分的正義を実現する側面を有するのであって、どの場面でどちらを選ぶべきかというのは、原理の問題ではなく、選ばれる手段の効率性というプラグマティックな問題なのである。多くの場面で、契約法は、租税の徴収・助成制度よりも、より効率的に配分的な目標を達成することが出来る。例えば、雇用契約における不当な解雇を規制するに関するルールは、失業者を保護する社会保障システムよりも、直接的かつ効率的に、雇用者の力に対抗することになる。

次に、法理論上の含意である。契約法の理論においては、表面的には、配分的正義に言及せず、政治的理論は回避されることが多い。しかしながら、一般的には、随意的な交換であるかどうかを基準に契約の強制可能性を論じる立場をとっており、そこでは、実質的公正よりも手続的公正によって強制可能性を考えられている。そして、こうした考え方の背後にあるのは、契約法は中立的なものであり、純粋な手続的正義は、契約による実質的な結果とは無関係に決定され得るという考え方である。しかし、前述したように、実質的な公正について顧慮するオプションもまた、純粋な手続的正義に適う契約法のルールである。とすれば、異なる解釈のうちどれを選択するかは、配分的な結果に関する知られていない政治的な選択によらなければならないのである。

III-2 コリンズの主張の意義

以上のように、コリンズは、純粋な手続的正義に適う契約法のルールを検討することによって、契約法が配分的な目的を有するという結論を導きだす。こうしたコリンズの見解の核心は、以下のようなものである。まず、契約法の中立性を根拠にして、契約法と配分的な正義の関係を否定する伝統的な見解に対する反論を試みている。

その方法は、ロールズの原初状態の理論を用いて、純粋な手続き的正義に適う三種類の契約法のルールを挙げ（オプシオン1、2、3）、それらのルールの相違は、原初状態の当事者が契約から受ける不利益というリスクに関してどの程度の嫌悪を有するかということによるとしている。これらのオプシオンのうち、二つは、契約当事者の交渉力の優劣（オプシオン2）あるいは契約結果の等価性（オプシオン3）に顧慮した実質的な公正を図るルールである。そして、これら三つのうちのどのルールを選択すべきかは、社会の構成員のコンセンサスでは決定できず、配分的正義の実現という観点から決定されなければならないとしているのである。そして、このように契約法のルールが配分的正義の観点から決定されるということから、契約法は配分的目的を有しているという結論を導くのである。さらに、コリンズは、契約法が配分的目的を有すると考えることから、国家による財の移転を一切否定するリベタリアニズムも、租税の徴収と契約による規制を峻別して配分的正義の実現はもっぱら税制度によるべきだと考えるリベラリズムをも、批判するのである。さらに、実質的公正よりも手続き的公正にしたがって契約法を説明しようとする伝統的な法理論の立場に対しても、その原因はオプシオン1あるいはそのバリエーションのみが純粋な手続き的正義にかなうと考えたことによるのであって、こうした立場も維持されるべきでないと主張する。

したがって、コリンズの立場は、従来の立場が有していた主張の背景を分析することによって、新たな視点を提示している点、ならびに実質的な公正に着目している点で、クロンマンと共通の要素を有しているといえよう。しかしながら、もちろん幾つかの点で、コリンズの見解は、かなりの独自性を有している。

まず、コリンズは、純粋な手続き的正義の積極的要件である合理的で自由な選択であるという要件を充たすために、ロールズの原初状態という装置を用いて、三つのオプシオンを提示している。コリンズによれば、契約を規制する契約法のルールは、この三つ、あるいはそのバリエーションで考えることができる。しかし、この三つは、いずれも契約に関する特定の立場の見解に対応しており、こうした立場の基礎付けと切り離して、リスク嫌悪の度合

いの差ということで説明することができるとはいささか疑問を持つ者もいるであろう。特にそうした疑問がもたれるのは、オプション3の契約の等価性を基礎とする立場についてである。これはゴードレイの見解と関連づけられている。しかし、ゴードレイは、アリストテレスが匡正的正義と呼び、トマス・アクィナスにおいては交換的正義(commutative justice)と名付けられた正義が、交換的取引において重要な役割を果たすという議論を展開し、交換的正義を実現するために交換における等価性が必要であると主張している⁽³¹⁾。よって、ゴードレイの立場を原初状態で選ばれ得るオプションの二つとして提示する場合には、交換的正義との関係についても一定の配慮が払われるべきであろう。

第二に、コリンズの特徴は、リスクの嫌悪の程度という視点を出して、各オプションを比較する点である。この点は、契約法に対して例えば交渉力の優劣に応じた規制のような実質的配慮を持ち込む場合には、契約自由の原則の修正という形で説明が通常なされる。しかし、コリンズによれば、契約を規律する制度として幾つかの可能性があり、オプション1のような市場における非常に広い範囲での財の分配の方法を許容する枠組みは、そうした可能性の一つにすぎないのである。よって、契約自由という觀念自体について、従来よりも領域の広いものとして考える可能性を示しているといつてよいであろう⁽³²⁾。

第三に、コリンズは、個々の取引との関連で配分的正義を持ち込むのではなく、契約法上の想定し得る幾つかの規制のオプションを選択する基準として、配分的正義を用いている。契約法と配分的正義の関係を考えるにあたっては、配分的正義は、全体の財の配分を考える一般的な基準であって、税制度には適合するが、契約法のような個々の取引を規律する領域に持ち込むべきではないという批判がなされることがある⁽³³⁾。しかし、契約を規制する制度そのものの選択の場面で配分的正義を考慮するコリンズの立場に対しては、こうした批判は当てはまらないであろう。ただ、コリンズは、複数のオプションが配分的正義の基準にしたがって決定されるべきだと述べるに留ま

り、そうした制度の選択自体は政治的な問題であるとして、その中身については本論文で言及を避けている。本論文からは、コリンズが政治的主張としてどういったものを想定しているのかは、曖昧である。⁽³⁴⁾そして、コリンズがこの点に立ち入らなかったために、クロンマンの陥った弱点の回避しているともいえるであろう。すなわち、クロンマンは、個人の所持する才能等は共同のファンドに属するという徹底した平等主義的な立場をとったために、個人の利益あるいは自律性の尊重との不整合性を生じた。もし、コリンズが個人の利益を強調するという広い意味での自由主義的立場に立つ場合には、いかなる制度を選択するかを決定する際には、取引を有利にするような個人の所持している才能等を一定限度で制限すること、個人に対する尊重をどのように調和させるかという問題が起り得るであろう。

IV おわりに

クロンマンは、契約法における配分的正義の実現に関して、「集団の状態比較によるパレート主義」を採用し、その上個人の所持するあらゆる取引上の有利な地位、つまりアドバンテージは社会構成員全員の共同のファンドとなるというきわめて平等主義的な立場をとった。そのために、リバタリアニズムの立場でも契約法の配分的正義の要請を認めなければならないという彼の主題は、十分な説得力を有しないものとなってしまった。しかしながら、クロンマンの行なった指摘、すなわちリバタリアニズムのいう随意的交換による契約の規制の曖昧さを指摘は、意味のあるものであるし、彼が随意的交換の代わりとして提示したアドバンテージの活用という視点も、契約で有利な地位を占める側に焦点をあてたという点で非常に興味深い。コリンズの見解は、契約法の中立性を支える純粹な手続的正義の内容を分析した上で、契約の規制に関する複数のオプションを提示しており、それらのオプションの決定の基準として、契約法に配分的正義の概念を持ち込んでいる。提示されたオプションの由来については、若干

疑問の点もあるが、こうした形で契約法が配分的正義を目的を有するという論証は、説得力を有するものだと考える。ただ、現実にとのオプションに決定すべきかという問題についての言及を避けている点で、例えば、個人の尊重と自己の所持する才能、資源等の規制の関係という非常に困難な問題に対する答えを留保しているといえるであろう。

なお、この両論文は、従来配分的正義とは無関係あるいは対立するとさえ考えられてきた随意的交換、契約の中立性、ならびに手続的正義の内容を分析することにより、こうした対立等を解消している点も重要であろう。

注

- (1) こうした否定的な立場を明確に述べているのは、森村進『権利と人格』、一九八九年、一九三頁～二〇〇頁である。
- (2) 森村上掲参照。
- (3) Kronman, *Contract Law and Distributive Justice*, 89 YALE LAW J. 472 (1980).
- (4) 森村前掲(注1)ならびに小林公『合理的選択と契約』、一九九一年、一〇四頁～一一四頁。
- (5) 内田貴『契約の再生』、一九九〇年、参照。
- (6) supra Kronman, note 3. at 477. ただし、クロンマンのいう手続き主義の内容は、それほど明確なものではない。
- (7) supra Kronman, note 3. at 480.
- (8) Lucy, *Contract as a Mechanism of Distributive Justice*, 9 OXFORD JOURNAL OF LEGAL STUD. 132 (1989).
- (9) アリストテレス『ニコマコス倫理学』岩波書店(高田三郎訳)、一一〇九B～一一一B参照。アリストテレスの立場では、ピストルを突き付けられて契約書にサインをした場合には、その端緒が他人により強制されたもので、後悔を伴うから、随意的よりも不随意的なものに近付くという。
- (10) supra Kronman, note 3. at 480. 本稿では、こうしたクロンマンの用い方から、〈advantage taking〉の訳語として「アドバンテージの活用」という訳語をあてた。通常の用法では、〈advantage taking〉は、他人の弱みに付け込むという意味で用いられるが、クロンマンは、契約を自己の有利な地位を活用して契約を行なうという状況として捉え、その

状況一般を表わす言葉として、〈advantage taking〉を用いているからである。

- (11) supra Lucy, note 8.
- (12) Id. at 137-138.
- (13) Id.
- (14) Richardson, *Contract Law and Distributive Justice Revisited*, 10 LEGAL STUD. 258 (1990).
- (15) Id.
- (16) supra Kromman, note 3, at 480.
- (17) この第四の疑問である自然的優越性に理論の扱いに関しては、この部分についてのクロマンの記述は簡単で、自然的優越性の理論はリベタリアンの平等主義的性格に反すると述べているだけであり、クロマンの批判の意図が曖昧な点で、本稿では述べない。また Alexander & Wang, *Natural Advantages and Contractual Justice*, 3 LAW & PHILOSOPHY 281 参照。
- (18) supra Lucy, note 8 at 134.
- (19) ベンハーとコリンズはベンハーと最良の説明として、ズレの正確参照。MURPHY AND COLEMAN, THE PHILOSOPHY OF LAW (1984), Ch. 5.
- (20) 小林前掲(注4)。
- (21) 森村前掲(注1)及び小林上掲。
- (22) supra Richardson, note 14, at 267.
- (23) J. RAWLS, A THEORY OF JUSTICE (1971), 86.
- (24) supra Kromman, note 3, at 488 n. 41, 490 n. 44, 493 n. 49.
- (25) supra Richardson, note 14, at 270.
- (26) RAWLS, supra note 23, at 84-88.
- (27) Id.
- (28) R. NOZICK, ANARCHY STATE AND UTOPIA (1974).
- (29) Eisenberg, *The Bargain Principle and Its Limits*, 95 HARV. LAW REV. 741 (1982).

- (30) J. Gordley, *Equality in Exchange*, 69 CALIF. LAW REV. 1587 (1981).
- (31) Id.; J. GORDLEY, *THE PHILOSOPHICAL ORIGINS OF MODERN CONTRACT DOCTRINE* (1991).
- (32) 嶋津格「進化論的契約論素描」千葉大学論集第八巻第一・二号、一九九三年、参照。
- (33) 森村前掲(注一)、一九三頁。
- (34) コリンズは、別の論文で、契約法においては、個人の自由を重視するために契約法で守られるべき経済的利益の拡張を主張する自由主義的立場と、何らかの集合的な善の促進を重視するために当事者間の連帯、信認等を強調する共同主義的立場との対立があり、同一の問題について双方の立場からのアプローチが考えられるが、どちらの立場に立つべきかの態度表明は避けている。Collins, *The Transformation Thesis and the Ascription of Contractual Responsibility* 307, in *PERSPECTIVES OF CRITICAL CONTRACT LAW* (T. Wilhelmsson ed. 1993).

追記

大学院の修士課程以来現在に至るまでの矢崎光圀先生のご指導に深く感謝し、古稀祝賀記念号に本稿を掲載させていただくことを光栄と存じます。先生のますますのご活躍を心から祈念いたします。

(やまだ・やちこ＝東洋大学法学部専任講師)